chenen Fällen eine zufällige Specification ereignet, die neue Sache herrenlos und daher Gegenstand der freien Occupation sei. Widerlegen wird man diesen Satz aus den Quellen jedenfalls nicht können*).

III.

Die Ergebnisse der neuesten Verhandlungen der in Hannover berathenden Commission zur Abfassung des Entwurfs einer Civilprozeßordnung für Deutschland, insbesondere in Bezug auf Anordnung des schriftlichen Vorverfahrens

geprüft von

Mittermaier.

Je trauriger sich die politischen Zustände des deutschen Vaterlands gestalten, je mehr die Hoffnungen auf die Verwirklichung einer politischen Einheit in weite Ferne gerückt scheinen, desto mehr drängt sich jedem Freunde des Vaterlands die Frage auf, ob nicht die große Idee, eine Einheit der Gesetzgebung für Deutschland zu schaffen, wenigstens eine allgemeine deutsche Civilprozeßordnung herbei zu führen, verwirklicht werden kann. In der letzten Beziehung sind die Blicke auf die in Hannover berathende Commission gerichtet.

Der Verfasser der gegenwärtigen Abhandlung, nachdem er seit 1819 für die Verbesserung des Civilprozesses auf der Grundlage der Mündlichkeit und Oeffentlichkeit mit Benützung der in Frankreich und in den Rheingegenden gemachten Erfahrungen gekämpft hat, glaubte zur Verständigung am Besten

---

*) Zu vorstehendem Aufsatze sei einstweilen nur so viel bemerkt, daß ich zwar den Ausführungen des Hrn. Verfassers, soweit sie gegen das „Arbeits"- oder „Erzeugungsprincip" gerichtet sind, vollkommen zustimme, aber doch auch der vom Verfasser vertheidigten „Occupationstheorie" mich nicht anschließen kann. Ich behalte mir vor, in einem der nächsten Hefte auf die Lehre zurückzukommen und meinen Standpunkt zu derselben zu bezeichnen. Fitting.

dadurch beizutragen, wenn er in diesem Archive gewissenhaft alle Versuche der Gesetzgebung, die seit mehr als 50 Jahren in den verschiedenen Ländern Europa's in Bezug auf das Civilverfahren gemacht wurden, mit Rücksicht auf die Erfahrung mittheilte und prüfte. Der Verfasser hatte es für Pflicht gehalten, daher auch die Ergebnisse der Berathung der in Hannover versammelten Commission in diesem Archive mitzutheilen. [1]) Damals konnten nur die Beschlüsse vorgelegt werden, die aus der ersten Lesung hervorgingen, soweit damals die gedruckten Protokolle vorlagen. Seit dieser Zeit sind die gedruckten Protokolle bedeutend vorgerückt. [2])

Unfehlbar ist in Bezug auf das Civilverfahren eine der wesentlichsten Vorfragen die: wie derjenige Theil des Verfahrens geordnet werden soll, welcher der mündlichen Verhandlung vorausgeht und dieselbe vorzubereiten bestimmt ist. Schon bei der ersten Berathung zeigte sich die größte Verschiedenheit der Ansichten über diese Frage; man bemerkte leicht den Einfluß des Kampfes von Seite derjenigen, welche das hannöverische Verfahren annehmen wollten mit den Freunden des französischen insbesondere des rheinischen Verfahrens und des baierischen Entwurfs. Ein solcher Kampf erklärte sich um so leichter, je mehr in den neuesten gesetzgeberischen Arbeiten der deutschen Staaten selbst eine große Verschiedenheit bemerkbar war. Während einige Gesetzgebungen, z. B. die Prozeßordnung für Hannover und Oldenburg, den strengen Grundsatz der Theilung des Verfahrens in zwei Abschnitte aufstellten, (der erste bestimmt für die Aufstellungen der Behauptungen der Thatsachen, der zweite für die Anbietung und Aufnahme der Beweise) und in dem Vorverfahren eine gewisse Leitung desselben durch das Gericht und eine genauere Regelung des Inhalts der einzureichenden Schriftsätze bezweckten, lag in diesen Gesetzgebungen selbst wieder eine Verschiedenheit vor, indem Oldenburg ein bindendes, einer selbständigen Berufung unterliegendes Beweisurtheil einführte, Hannover da-

1) Band 46. Seite 96.

2) Die dem Verfasser vorliegenden Protokolle reichen bis zur Sitzung 149 vom 9. November 1863.

gegen kein selbständiges sondern nur der vorbehaltenen Berufung unterliegendes Beweiserkenntniß anerkannte. Dagegen hatten andere Prozeßordnungen, z. B. die von Braunschweig, der Schrift im Vorverfahren noch eine größere Bedeutung beigelegt, aber den ersten Abschnitt des Verfahrens erweitert, so daß in demselben auch neben der Behauptung der Thatsachen die Anbietung der Beweise und die Verhandlung über deren Erheblichkeit und Zulässigkeit vorkommen und der Abschnitt mit einem Beweisurtheil im bisherigen deutschen Sinn geschlossen werden sollte. In einer ganz andern Richtung war dagegen der preußische Prozeß nach dem Gesetze von 1846 geregelt, indem darnach die Schriftsätze in dem Vorverfahren eine größere Bedeutung und die nachfolgende mündliche Verhandlung, vorzüglich für die Rechtsausführungen bestimmt, mehr den Charakter einer Schlußverhandlung hatte, so daß in dem Vorverfahren alle Beweismittel anticipirt werden mußten und statt eines Beweisinterlokuts nur ein Beweisdekret ohne bindende Kraft erlassen wurde. Am meisten schloß sich dagegen der baierische Entwurf dem Systeme des französischen Prozesses an, indem er anerkannte, daß das Vorverfahren nur den Charakter einer Vorbereitung zwischen den Anwälten für die mündliche Verhandlung an sich trage, die darin vorkommenden Schriftsätze durch gesetzliche Bestimmungen mehr geregelt werden, am Schlusse des Vorverfahrens motivirte Anträge von den Anwälten aufgestellt werden sollen, die Beweisanticipation sich nur auf den Beweis durch Urkunden zu beschränken habe, und der erste Abschnitt durch ein Beweiserkenntniß, das aber keine bindende Kraft für das Gericht hat, zu schließen sei. Es ist begreiflich, daß bei solcher Verschiedenheit der Ansichten in den neuern Gesetzgebungsarbeiten die Männer, welche von den verschiedenen Staaten zur Berathung des Entwurfs abgeordnet waren, unwillkürlich von einer gewissen Vorliebe für das Prozeßsystem ihres Staats bei den Berathungen geleitet wurden. Schon damals, als die Beschlüsse der Commission nach der ersten Lesung zu Stande kamen, bemerkte man die Erscheinung, daß ein Beschluß häufig nur eine kleine Mehrheit der Stimmen für sich hatte, und zuweilen ein Beschluß nur durch die Stimme

des Präsidenten zu Stande kam, die in der Stimmengleichheit den Ausschlag gab. Unter solchen Umständen mußte man besorgen, daß eine endliche Verständigung über einen deutschen Entwurf sehr schwierig sein würde; ohnehin war bei manchen Beschlüssen anerkannt, daß sie nur als vorläufige zu betrachten seien. Bei dem Fortgang der Berathungen mußte die Commission selbst anerkennen, [3]) daß sie in einer eigenthümlichen, die Arbeit sehr erschwerenden Lage dadurch sich befand, daß sie einen vollständigen zusammenhängenden Entwurf der Prozeßordnung nicht vor sich hatte, vielmehr nur auf den Grund des ihr stückweise vorgelegten Entwurfs des Referenten, berathen und beschließen mußte, dabei also genöthigt war, über manche Theile einen Beschluß zu fassen, ohne zu wissen wie die späteren Abschnitte geregelt würden. Es war vorherzusehen, daß bei der weiteren Berathung des Entwurfs vielfach früher gefaßte Entschlüsse angegriffen und modifizirt werden müßten; insbesondere war dies vorherzusehen in Bezug auf die beschlossenen Vorschriften über das schriftliche Vorverfahren, indem diese schwerlich vereinbar waren mit Bestimmungen in der Beweislehre, z. B. wenn man in dem Vorverfahren die Anticipation aller Beweise anordnen wollte. Prüft man nun aufmerksam die Berathungen der hannöverischen Commission, so muß man bedauern, daß sie zwar in den Verhandlungen auf andere ausländische Gesetzgebungen, welche die französische Prozeßordnung als Grundlage annahmen, aber vielfach verbesserten, Rücksicht nahm, hingegen die wichtigste Gesetzgebung, in welcher das französ. Gesetzbuch am wesentlichsten verbessert wurde, nämlich die Civilprozeßgesetzgebung für Piemont gar nicht berücksichtigte. Wir kennen keine legislative Arbeit, in welcher ein solcher Schatz von praktischen Bemerkungen vorkömmt, als dies in den Commissionsberichten der Kammern, vorzüglich in den uns gedruckt vorliegenden Protokollen des Senats, [4]) über den Entwurf der Fall ist. Die erfahrensten Juristen (Richter

3) In der 116. Sitzung, Protocoll S. 1886.

4) **Processi verbali delle adunanze della commissione senatoria eletta, incaricata di prender in disamina il progetto del Codice di procedura civile. Torino 1854.**

am obersten Gerichtshof, Generalprokuratoren und Advokaten) von Piemont nahmen an jenen Verhandlungen Theil. Ein scharfer Tadel französ. Bestimmungen findet sich darin oft. Bekanntlich wurde auch die Civilprozeßordnung von 1854 nur provisorisch eingeführt, indem die Kammern darauf rechneten, daß in einigen Jahren die in der Zwischenzeit gesammelten Erfahrungen in den Stand setzen würden,[5]) das Gesetzbuch geeignet zu revidiren. Im Jahre 1859 wurde nun das revidirte Gesetzbuch verkündet. Es gründete sich auf die Arbeiten einer zur Revision des Gesetzbuchs von 1855 niedergesetzten Commission, und auf die von den Kammern der Regierung ertheilte Ermächtigung, auch ohne die Kammern darüber gehört zu haben, gewisse Gesetze zu verkünden.

Dies Gesetzbuch von 1859[6]) ist zwar auf die Grundlagen des französischen Code gebaut, weicht aber wesentlich davon ab, indem der Gesetzgeber manche durch die italienische Rechtsübung als gut bewährte Einrichtungen aufnahm, die seit 1855 in Bezug auf das Gesetzbuch von 1854 gesammelten Erfahrungen benützte, und über wichtige Lehren, über welche der französ. Code keine Bestimmungen enthält, Vorschriften einschaltete. Vorzüglich hätte die hannöverische Commission die Vorschriften des piemontesischen Gesetzbuchs in Bezug auf die Regelung des schriftlichen Vorverfahrens nicht unbeachtet lassen sollen.[7]) Wesentliche Verbesserungen des französ. Verfahrens

5) Eine sehr belehrende Arbeit ist der Commentar Comentario del Codice di procedura civile per gli stati sardi con comparazone dei Codici di Napoli, Parma, compil. degli Dott. Mancini, Pisanelli, Scialoja. Torino 1854. Alle 3 Herausgeber waren in Neapel ausgezeichnete Advokaten und sind als Schriftsteller rühmlich bekannt.

6) Wir haben in diesem Archive Bd. 38, S. 270 von dem Prozeßgesetzbuch für Piemont von 1854 nähere Nachricht gegeben und den wesentlichen Inhalt des Gesetzbuchs von 1859 in diesem Archive Bd. 43 S. 396 geschildert.

7) Eine merkwürdige Verordnung, welche den Zweck hat, eine Gleichförmigkeit des Geschäftsgangs zu begründen, ist das regolamento vom 15. April 1860 über die Geschäftsordnung bei den Gerichten und das über die Ausführung des Prozeßgesetzbuchs aus §§. 193 bestehend. Der §. 51 gibt z. B. genau an, was die motivirten Conclusionen enthalten sollen.

finden sich namentlich darin, daß durch genaue Vorschriften über den Inhalt der Schriftsätze im Vorverfahren für eine bessere Grundlage gesorgt ist, daß strenge darauf gehalten wird, daß in dem nachfolgenden Schriftsatz der Anwalt sich bestimmt über die vom Gegner aufgestellten Behauptungen und Gesuche erkläre, daß ferner das Gesetz Strafen dem Anwalte droht, welcher die Vorschriften des Gesetzes über die Abfassung der Schriftsätze nicht beobachtet.

Das Verhältniß der motivirten Conclusionen ist durch Art. 159 besser als in Frankreich geordnet; vorzüglich verdienen die Bestimmungen (Art. 156) über die in Frankreich im Gesetze fast gar nicht beachtete Legitimation zur Sache allgemeine Beachtung, indem das Gesetz dafür sorgt, daß schon in dem schriftlichen Vorverfahren, da wo eine Partei Behauptungen über ihre Eigenschaft als Verwandter oder als Erbe oder über den Besitz von Gütern aufstellt, im nächsten Schriftsatze eine bestimmte Antwort darauf vom Gegner gegeben werden muß.

Bedauern muß man auch, daß die Commission in Hannover nicht auf die sehr bedeutenden Verhandlungen des Schweizer-Juristen-Vereins vom Septbr. 1862 Rücksicht genommen hat, indem durch die Vorlage von Relationen der Praktiker der einzelnen Kantone über die Art, wie in diesen Kantonen das schriftliche Vorverfahren geordnet ist, und durch die darüber statt gefundenen Verhandlungen des Vereins kostbare Materialien geliefert wurden. Die Commission hätte durch die Benützung derselben auf manche wichtigen Erfahrungen aufmerksam [8]) werden können. Da in den Verhandlungen in Hannover oft die Genfer Prozeßordnung angeführt worden ist, so wäre es für die Commission gewiß interessant gewesen, aus den Mittheilungen der zwei bedeutenden Genfer Juristen zu erfahren, wie in Genf jetzt die Rechtsübung im Civilprozesse geordnet ist. [9]) — Die neuen Verhandlungen über den Entwurf begannen in Hannover am 29. April 1863 (Protokoll S. 1351).

---

8) Wir haben den wesentlichen Inhalt dieser Materialien in diesem Archiv Band 46, S. 40 f. mitgetheilt.

9) Siehe darüber Auszüge in diesem Archive Band 46, S. 403.

Der Hannöverische Bevollmächtigte hat vorerst die günstigen Erfahrungen hervorgehoben, welche in Hannover über die seit einer Reihe von Jahren beobachtete Rechtsübung nach der Gesetzgebung gemacht wurden. Beachtungswürdig sind hier die Nachweisungen über das Verhältniß der hannöverischen Prozeßordnung zur Prozeßordnung von Genf, die einen großen Einfluß auf die hannöverische Gesetzgebung hatte. Werthvolle Entwickelungen erfolgten nun durch den baierischen Bevollmächtigten der die Vorschläge auseinander setzte, welche in dem neuen baierischen Entwurfe vorkommen und entschiedene Verbesserungen des französischen Verfahrens enthalten (Protokolle S. 1360—71). Vielfache Belehrung findet sich in den Erörterungen in welchen Punkten das französische und baierische System von dem hannöverischen abweicht, und welche Einwendungen gegen manche Bestimmungen der hannöverischen Prozeßordnung sich erheben. Wir werden unten auf die einzelnen Punkte zurückkommen. Eine höchst wichtige Mittheilung wurde in den Verhandlungen vorgelegt, nämlich das Gutachten des baierischen Cassationshofs, welches aus Auftrag des baierischen Justizministeriums über das im baierischen Entwurf vorgeschlagene regelmäßige Verfahren vor der mündlichen Verhandlung mit Bezug auf die betreffenden Bestimmungen der hannöv. Prozeßordnung, erstattet wurde.[10]) Da an diesem Gutachten Männer Theil nahmen, welche mit der rheinischen Rechtspflege als Praktiker genau bekannt waren,[11]) ebenso aber auch vielfach die deutsche Rechtsübung kannten, so verdient das Gutachten allgemeine Aufmerksamkeit. Vergleicht man nun die nachfolgenden Verhandlungen der Commission, so überzeugt man sich leicht, daß die Verständigung manche Schwierigkeit haben mußte. Ueberall zeigte sich, daß die Abgeordneten in ihren Ansichten dadurch von einander abwichen, daß einige vorzüglich wünschten, daß die han-

10) Dies Gutachten ist abgedruckt in den hannöverischen Commissionsprotokollen S. 1383—1393. Die Einzelnheiten dieses Gutachtens müssen unten näher angeführt werden.

11) Präsident war von Heinz, welchem Baiern 1848 eine werthvolle Strafprozeßordnung verdankt; Direktor war von Zink, der Verfasser des mit Beifall aufgenommenen Werks über Civilprozeßgesetzgebung.

növerischen Bestimmungen auch von der ganzen Commission gebilligt werden möchten, während andere Abgeordnete eine entschiedene Vorliebe für das französische, rheinische, insbesondere aber für das im neuen baierischen Entwurf aufgestellte System hatten, eine dritte Klasse von Abgeordneten aber unwillkürlich durch den Wunsch geleitet wurde, daß man von dem deutschen Systeme nicht zu sehr abweichen möchte, daher ihre Anträge darauf berechnet waren, in dem Vorverfahren der Schriftlichkeit eine größere Bedeutung beizulegen als die Freunde des französ. Systems wollten. — Es kann nicht verkannt werden, daß eine gewisse Unklarheit über das Wesen der Mündlichkeit häufig ein Hinderniß der Verständigung wurde. Zu beklagen ist es, daß ein gewisses Mißtrauen gegen den französischen Prozeß bei manchen Abgeordneten sich aussprach, und diese Juristen, von denen manche vielleicht das französische Verfahren nicht aus eigener Anschauung kannten, nicht genug das Verhältniß der Rechtsübung in den deutschen Rheingegenden würdigten, in welchen entschieden die französischen Vorschriften besser als in Frankreich gehandhabt werden. Es darf nicht verkannt werden, daß vielleicht in keinem Lande die Rechtsuchenden und im Allgemeinen (einzelne Mängel werden anerkannt) auch die Juristen mit dem Verfahren ebenso zufrieden sind, als in den deutschen Rheinprovinzen, worin französisches Gesetz gilt. Die von Manchen geäußerte Ansicht, daß wie in Hannover sogleich nach der Klageschrift von dem Präsidenten die Tagfahrt angesetzt werden soll, mag sich unwillkürlich aus der deutschen Angewöhnung an die Prozeßleitung durch das Gericht erklären.

Ehrenwerthe Abgeordnete sprachen ihre Ueberzeugung aus (Prot. S. 1423—1427), daß man mit Unrecht die Bedeutung des deutschen gemeinrechtlichen Prozesses geringschätze, und unbeachtet lasse, daß bei dieser Form auch für die Gründlichkeit der Urtheile gesorgt war. Man sollte sich nach ihrer Ansicht klar machen, daß die Aufgabe der Commission für die deutschen Bundesstaaten eine allgemeine Prozeßordnung zu schaffen, darauf führe, von deutschen Ansichten sich nicht zu entfernen, daß es ein Unglück sein würde, wenn in Zukunft

die Rechtssprechung nur durch französ. Wissenschaft und Rechtssprüche französ. Gerichtshöfe geleitet würde. Man hielt es für Pflicht, bei der Berathung des Entwurfs vom Standpunkt der gemeinrechtlichen Theorien auszugehen, und zu erwägen, welche Bestimmungen zur weitern Entwickelung des Ergebnisses deutscher Rechtsbildung und Wissenschaft im Sinne der richtigen Principien der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens nothwendig seien. Es kann nicht geläugnet werden, daß diesen zuletzt bemerkten Ansichten manches Wahre zu Grunde liegt. Unfehlbar ist auch in Bezug auf den Civilprozeß die deutsche Wissenschaft ausgezeichneter als die französische durch die gründliche Erforschung der Grundsätze des Verfahrens, durch die feine Zergliederung einzelner prozessualischer Lehren. Wer kann läugnen, daß die deutschen wissenschaftlichen Arbeiten über das Wesen der Einreden, über Legitimation zur Sache, über Intervention, Benennung des wahren Eigenthümers, Widerklage, Klagenänderung, Forschungen für die Praxis geliefert haben, wie die Literatur der Franzosen und Italiener sich deren nicht rühmen kann; allein eine andere Frage bezieht sich auf die Grundanschauung des Prozesses, wo es nicht blos auf einzelne Formen ankömmt. Das Wesen des deutschen schriftlichen Verfahrens beruht darauf, daß dem Gerichte, vor welchem die Parteien nicht erscheinen, die Vorträge, deren Bestandtheile und Anordnung das Gesetz genau ordnet, und die unter beständiger Leitung und Controle des Gerichts gewechselt werden müssen, in thatsächlicher und rechtlicher Hinsicht durch Anwälte der Parteien vorgelegt werden und die Richter auf den Grund dieser Schriften, deren Inhalt sie selbst nur durch den Vortrag eines Gerichtsmitglieds kennen lernen, über die Gesuche zu urtheilen haben. Wie in dem auf Oeffentlichkeit und Mündlichkeit gebauten Strafverfahren Alles darauf berechnet ist, daß die Richter selbst das ganze Material des Streits, die Thatsachen, worauf sich Ankläger und Vertheidiger stützen, unmittelbar kennen lernen, bei der Benützung der Beweise selbst mitwirken und auf Grund dieser Anschauung und der Vorträge des Anklägers und Vertheidigers entscheiden, ebenso ist in dem auf Oeffentlichkeit und Mündlichkeit gebauten Prozeß

Alles darauf berechnet, daß die Richter die Behauptungen, die Gesuche, die wechselseitigen Anträge und ihre Begründung selbst aus dem Munde der Parteien oder ihrer Vertreter erfahren, und nur auf das so unmittelbar Angehörte entscheiden. Nur dann, wenn die Richter auf den Grund dieser unmittelbar angehörten Vorträge ihr Urtheil bauen, ist wahre Mündlichkeit vorhanden. Jedes Verfahren, was dieser mündlichen Verhandlung vorausgeht, hat nur den Charakter der Vorbereitung zum Zwecke, damit diejenigen, welche in der mündlichen Verhandlung vorzutragen haben, den Stand der wechselseitigen Behauptungen und Ansprüche kennen lernen, und darnach vor dem Gerichte in der Sitzung jede Partei ihre Ansprüche begründen kann, und die Richter in den Stand gesetzt werden, auf den Grund dieser Vorträge ihr Urtheil zu fällen.

Wir setzen voraus, daß eine Gesetzgebung, welche in Deutschland den Civilprozeß auf das Prinzip der Mündlichkeit baut, nicht blind der Gesetzgebung eines fremden Staates folgt, vielmehr überall den nationalen Bedürfnissen Rechnung trägt, und daß die Richter, welche eine solche Gesetzgebung anzuwenden haben, nicht blind nur den Rechtssprüchen folgen, die in Bezug auf eine Rechtsfrage von französischen Gerichten ergangen sind, vielmehr die Ergebnisse wissenschaftlicher Forschungen in Deutschland benützen, dabei allerdings wegen der Neuheit einer Frage in der deutschen Rechtsübung auch die französische Praxis erforschen, jedoch nach sorgfältiger Prüfung selbständig die Frage entscheiden.

Wir würden es aber für ein großes Unglück halten, wenn die Vorliebe für deutsches Recht die Gesetzgeber dazu bringen würde, möglichst viel von dem Alten zu retten, und der Schrift eine solche Bedeutung beizulegen, daß nur scheinbar die Vorträge der mündlichen Verhandlungen die Grundlage für die richterliche Entscheidung bilden, eigentlich aber die in dem Vorverfahren gewechselten Schriftsätze die Hauptbedeutung erhalten. Wir wünschen nur, daß die deutsche mündliche Civilprozeßgesetzgebung nicht das nämliche Schicksal haben möge, welches der seit 1848 in Deutschland eingeführte Strafprozeß hat, in welchem unter dem Einflusse selbst mangelhafter Vorbilder das

Prinzip der Mündlichkeit ebenso wie das Anklageprinzip in der Rechtsübung in einer Weise durchgeführt sind, daß in der Wirklichkeit beide Prinzipien nur scheinbar zum Grunde liegen, was jedem Unbefangenen sich zeigt, wenn er erwägt, wie die ohnehin im alten inquisitorischen Geist geführte Voruntersuchung den größten Einfluß auf die Hauptuntersuchung, und daher auf die Entscheidung hat, indem in jedem Augenblicke die in der Voruntersuchung aufgenommenen Aussagen des Angeschuldigten und der Zeugen hereingezogen, und die Protokolle über Aussagen abwesender Zeugen vorgelesen werden.

Möchten die Männer, welche auf die Abfassung der deutschen Civilprozeßordnung Einfluß haben, wohl erwägen, was so trefflich die österreichische Denkschrift über die Prozeßordnung [12]) in Bezug auf den Vorschlag sagt, nach welchem im schriftlichen Vorverfahren das Thatsächliche des Rechtsstreits maaßgebend festgestellt werden soll. Mit Recht wird hier bemerkt, daß wenn in dem mündlichen Vortrag weder eine Aenderung noch das Vorbringen neuer Thatsachen gestattet ist, der ganze Schwerpunkt des Prozesses in das schriftliche Vorverfahren fällt, und die nachfolgende mündliche Verhandlung dann nur eine andere Art des dem erkennenden Richtercollegium auf Grundlage der Akten zu erstattenden Vortrags ist. Mit Recht wird ferner hervorgehoben, daß dann diesem Vorverfahren die vorwaltende und bald ausschließliche Sorgfalt zugewendet wird, daß die streitenden Theile keine Veranlassung fühlen werden, ihren mündlichen Vorträgen einen besondern Aufwand an geistiger Kraft zu widmen, und dann bald die mündliche Verhandlung in den Augen der Rechtsuchenden und der Gerichte als ein unnützes, kostspieliges und zeitraubendes Beiwerk angesehen wird.

In einem ganz ähnlichen Sinne spricht sich einer der erfahrensten auch wissenschaftlich gebildetsten Juristen, Dernburg [13])

---

12) Denkschrift über einige Hauptfragen betreffend die neue bürgerliche Prozeßordnung. Wien 1862. S. 4.

13) Dernburg, Abhandlungen aus dem Gebiete des gemeinen und französischen Civil- und Prozeßrechts. Frankfurt 1849. S. 311.

(jetzt Generaladvokat in Darmstadt) aus, wenn er bemerkt, daß bei einer Prozeßordnung, welche dem Schriftenwechsel im Vorverfahren eine zu große Bedeutung beilegt, der mündliche Vertrag rein illusorisch sein, und zur reinen Formsache herabsinken wird, welche die Parteien ermüdet, und den Richter langweilt. Man muß überhaupt bedauern, daß vielen Juristen, welche an den Verhandlungen über die neue Civilprozeßgesetzgebung Theil nehmen, nicht klar die völlig andere, und weit schwierigere Lage vorschwebt, in welche die Anwälte nach dem neuen auf Mündlichkeit gebauten Verfahren, im Gegensatze der Lage kommen, in welcher sie nach dem bisherigen schriftlichen Verfahren waren. [14]) Während nach dem bisherigen Prozesse der Anwalt in der Stille seines Cabinets hinreichend Zeit zum Nachdenken über ein künstlich gegliedertes Vertheidigungssystem hat, und wenn der Anwalt die Feder zur Hand nimmt, und bei der Arbeit auf einen Zweifel stößt, oder eine Lücke in der aufgenommenen Instruktion bemerkt, er Zeit genug hat, wissenschaftliche Forschungen zu machen, und bei seinem Clienten sich nochmals zu erkundigen, während er die einzureichende Schrift oft genug überlesen, und nothwendige Verbesserungen anbringen kann, ist der Anwalt bei der neuen Prozeßform gedrängt, den oft kurz zugemessenen Termin für die Sitzung einzuhalten, er entbehrt bei der Mündlichkeit des Vortrags das Mittel einer Revision des Vorgetragenen und die Möglichkeit, wenn er einen Irrthum oder eine Lücke in seinem Vortrage bemerkt, durch Verbesserung nachzuhelfen. Wenn darnach bei dem schriftlichen Verfahren die Gesetzgebung strenge gegen die Anwälte ist, an der Eventualmaxime festhält, und die Präklusion des Nichtvorgetragenen ausspricht und dabei nicht ungerecht wird, muß man sich hüten, die nämliche Strenge auch bei dem mündlichen Verfahren anzuwenden.

Vergleicht man nun die Verhandlungen der hannöverischen Commission in den Sitzungen 88 bis 108, so bemerkt man bald, daß es vorzüglich 6 Punkte waren, über welche eine

---

14) Sehr gut ist diese Lage geschildert von Dernburg in der erwähnten Schrift. S. 304.

große Verschiedenheit der Ansichten bei den Berathungen vorkam.

I. Eine Hauptfrage war: ob nach den früheren Beschlüssen dem Vorbilde der hannöverischen Prozeßordnung gemäß sogleich nach eingereichter Klagschrift der Präsident die Sitzung für die Verhandlung der Sache bestimmen soll.

II. Ob die dem französischen Verfahren zum Grunde liegende Unterscheidung der ordentlichen und der summarischen Sachen aufgenommen werden soll.

III. Ob in dem Vorverfahren die Schriftsätze auf zwei beschränkt, oder ob mehrere Schriften zugelassen werden sollen.

IV. Ob am Schlusse motivirte Conclusionen aufzustellen sind.

V. Welche Einreden der Beklagte im Vorverfahren vorbringen muß, und wie weit er durch prozeßhindernde Einrede sich von der Einlassungspflicht befreien kann.

VI. Wie weit eine Aenderung der Klage zuläßig ist, und ob das Gesetz aussprechen soll, was als Klageänderung zu betrachten ist.

ad. 1. Gegen den Vorschlag sogleich nach eingereichter Klage die Tagfahrt ansetzen zu lassen, wurde geltend gemacht (Protokolle S. 1364—1372), daß eine solche Ansetzung des Termins ein rein formeller Akt sei, dem jede sachliche Prüfung der Klage fremd bleibe und bleiben müsse, daher die Sitzung ohne Prüfung der Klage [15]), ohne Kenntniß des Vorsitzenden ob die Klage vom Beklagten werde bestritten werden, und wie lang die Vorverhandlung dauern könne, angesetzt werde, so daß häufig die Verhandlung in der angesetzten Sitzung doch nicht stattfinden könne, daher oft eine Vertagung eintreten müsse, und auf diese Art viele Verzögerungen eintreten werden. Es wurde angeführt, daß nach der rheinisch französischen Rechtsübung die

---

15) Es muß bemerkt werden, daß in der Commission (Protokoll S. 1470) der Antrag gestellt wurde, daß der Vorsitzende auch den Inhalt der Klageschrift prüfen soll, und nach einem andern Antrag ihm selbst das Recht gegeben werden soll, in gewissen Fällen ohne Einleitung der Verhandlung abzuweisen; beide Anträge wurden aber mit 11 Stimmen gegen 1 abgelehnt.

Ansetzung der Sitzung mit großer Sorgfalt und nach geeignetem Benehmen des Präsidenten mit den Anwälten, erfolge und keine Nachtheile habe. Auch der baierische Cassationshof (Prot. S. 1384) erklärt sich gegen die hannöverische Einrichtung, indem der Präsident aus der Klage nicht ersehen könne, welche Einreden der Beklagte vorbringen kann, ob er Widerklage geltend machen wird, so daß auch nicht annähernd ermessen werden könne, welche Zeitdauer die Vorverhandlungen in Anspruch nehmen und auf welchen Tag daher die Sitzung bestimmt werden soll. Auf der andern Seite wurde aber bemerkt (Protokolle S. 1352 1371, 1395, 1425), daß in Hannover die Einrichtung sich gut bewährt habe, daß wenn man nach französisch-rheinischem System die Tagfahrt zur mündlichen Verhandlung erst bestimmen lasse, wenn das Vorverfahren beendigt ist, die Gefahr eintrete, daß die Prozesse verschleppt würden, und in den Schreibstuben der Anwälte zu lange liegen bleiben, daß der Vorsitzende nach seiner Erfahrung schon nach der Klagschrift häufig beurtheilen könne, ob voraussichtlich die Sache eine einfache oder eine verwickelte Verhandlung erfordern werde, so daß er darnach wohl beurtheilen kann, auf welche Zeit die Verhandlung angesetzt werden soll, wogegen bei dem französischen Verfahren die Versuchung für die Anwälte, die Verhandlung zu verschleppen sehr groß sei. Bei der Abstimmung erklärten sich 7 Stimmen gegen 5 für die Aufrechthaltung des frühern Beschlusses.

ad II. In Bezug auf die französische Unterscheidung der Sachen in ordentliche und summarische, so daß ein verschiedenes Verfahren bei jeder dieser Arten eintritt: wurden gegen die Beibehaltung vorzüglich die Gründe geltend gemacht, welche bereits in den Motiven zur Genfer Prozeßordnung angegeben sind [16]). Darin war gezeigt, daß die ganze Unterscheidung unvollkommen oder unnütz sei, daß es völlig grundlos wäre, wenn man darnach, ob eine Sache den Betrag einer gewissen Schätzungssumme übersteigt, sie als eine ordentliche, schwierige, eines verwickelten Verfahrens bedürftige, betrachten wolle, während

---

16) Loi sur la procedure civile du canton de Génève par feu Bellot, seconde édition pag. 52—56.

häufig in einer Sache von geringerem Betrag sehr verwickelte Fragen vorkommen können; man führte an, daß auch überhaupt der Gesetzgeber voraus gar nicht bestimmen könne, ob gewisse Sachen eine schwierige Verhandlung erfordern werden oder nicht. Die Gegner dieser Unterscheidung beriefen sich auch (Prot. S. 1355) auf die Zeugnisse neuer tüchtiger französischer Schriftsteller, welche die franz. Unterscheidung als verwerflich erkennen, und darauf, daß auch in Holland die Regierung selbst diese Unterscheidung in ihren Vorlagen an die Kammern als verwerflich erklärt habe. 17) Auf der andern Seite fand die Aufstellung einer Unterscheidung ordentlicher und summarischer Sachen um so mehr Vertheidiger, als der baierische Entwurf diese Unterscheidung in so ferne aufgestellt hatte als von Art. 230 an besondere Bestimmungen unter der Rubrik „Beschleunigtes Verfahren" gegeben sind, und der Entwurf unter 6 Nummern gewisse Sachen bezeichnet, in welchen dies „Beschleunigte Verfahren" eintreten soll.

Die Vertheidiger des baierischen Entwurfs kamen dabei zur Vertheidigung der dort angenommenen Bestimmungen, um so leichter, als sie zeigen konnten, daß der baierische Entwurf eine wesentliche Verbesserung enthält, und nicht wie der französische Art. 404 die Bestimmung, ob summarisch verhandelt werden soll, von dem Betrag der durch die Klage geforderten Summe abhängig macht 18) (Prot. S. 1366).

Es wurde hervorgehoben, daß auf jeden Fall anerkannt werden müsse, daß es viele Rechtsstreite gebe, für welche wegen ihrer Einfachheit der durch mehrfachen Schriftenwechsel herbeigeführte Aufwand an Zeit und Kosten gespart werden kann.

---

17) Man muß bemerken, daß die Genfer Motive auch erklären, daß die Art wie in Frankreich das Gesetz zuerst von dem ordentlichen Verfahren handelt, und das summarische als Ausnahme aufstellt, unlogisch sei, indem man consequenterweise eher vom einfachen zum verwickelteren aufsteigen müßte.

18) Auch in dem Entwurf der Prozeßordnung für Piemont von 1859 sind im Art. 472 unter 6 Nummern die summarischen Sachen aufgeführt. Die Bestimmung, daß ein gewisser Betrag entscheiden soll ist aber weggelassen, im Uebrigen schließt sich die Prozeßordnung für Piemont im Wesentlichen der französischen an.

Unfehlbar muß anerkannt werden, daß das Verfahren mit dem Bedürfniß und der Natur der Fälle im Einklange stehen muß und für manche Fälle eine ausgedehntere Vorbereitung der mündlichen Verhandlung nothwendig ist. Alles kömmt nur darauf an, ob der Gesetzgeber im Gesetzbuch von vorne herein die summarisch zu behandelnden Sachen bezeichnen will, wie dies in Frankreich geschieht, oder ob es dem Richter überlassen werden soll, in jedem Falle mit Erwägung der Umstände und der Verschiedenheiten zu bestimmen, ob ein einfaches oder ausgedehnteres Verfahren Bedürfniß ist, wie dies die Genfer Prozeßordnung bestimmt. Auch läßt sich gut die Ansicht vertheidigen, daß der Gesetzgeber schon als Regel für das Vorverfahren ein einfaches Verfahren anordnet, und nur als Ausnahme gestattet, daß ein ausgedehnteres schriftliches Verfahren auf Antrag eines Streittheils, oder von Amtswegen angeordnet werden soll. Dies ist im Wesentlichen die Ansicht der hannöverischen Prozeßordnung.[19]) Ein Vortheil für die Rechtssuchenden wird noch gegeben werden können, wenn die Gesetzgebung überhaupt ein s. g. Mandats- oder Mahnverfahren zuläßt, wodurch in einer Reihe von Fällen der Kläger ohne zu einem eigentlichen Prozesse genöthigt zu sein, seinen Zweck erreicht.

ad III. Die Frage, ob nur zwei Schriftsätze in dem Vorverfahren oder mehrere gestattet werden sollen, wurde ein Gegenstand lebhafter Verhandlungen. Nach der hannöverischen Prozeßordnung und den bisher angenommenen Beschlüssen der Commission in Hannover hat jede Partei nur einen Schriftsatz. Gegen diese Ansicht erklärte sich auch der baierische Cassationshof (Prot. S. 1385), indem bemerkt wurde, daß darnach die Anwälte vor der Verhandlungstagfahrt nur eine oberflächliche und wenn eine Widerklage in Frage steht, gar keine Kenntniß von den gegenseitigen thatsächlichen und rechtlichen Aufstellungen erhalten, so daß dann oft erst bei der mündlichen Verhandlung mit Zeitverlust neue thatsächliche und rechtliche Gesichtspunkte er-

19) Auch der österreichische Entwurf III. Theil §. 550 nimmt diese Ansicht an.

örtert und festgestellt werden.[20]) Nach dem baierischen Entwurf Art. 211 kann der Kläger nur, wenn in der Antwort des Beklagten Einreden geltend gemacht wurden, oder eine Widerklage erhoben war, binnen 14 Tagen auf die Einreden des Beklagten entgegnen, und die Widerklage beantworten, und wenn die Antwort des Klägers auf die Widerklage Einreden enthält, so kann der Beklagte binnen 14 Tagen eine Erwiederung dem Beklagten zustellen lassen. Die Vertheidiger dieser Ansicht machten geltend, daß wenn man dies nicht gestatte, die Gleichheit der Rechte der Parteien verletzt würden. Für die hannöverische Vorschrift wurde angeführt (Prot. S. 1488), daß nach der Erfahrung von Hannover es vollkommen genüge, wenn 2 Schriftsätze eingereicht werden, und darauf hin die Streitsache sehr gut mündlich verhandelt werden könne, indem, wenn man regelmäßig noch zwei Schriftsätze außer der Klage und Antwort zulassen wollte, das Verfahren oft unnöthig kostspielig und weitläufig würde. Ein besonderer Antrag eines Abgeordneten (Prot. S. 1522) ging dahin, dem Anwalt des Klägers zu gestatten, auf die ihm behändigte Vernehmlassung wegen Umfänglichkeit der darin zur Begründung von Einreden oder einer Widerklage vorgebrachten neuen Thatsachen, mittelst schriftlichen Antrags beim Gericht die Eröffnung eines weitern Vorverfahrens bis zur Duplik zu beantragen. Bei der Abstimmung (Prot. S. 1528) wurden alle diese Anträge abgelehnt. Nach unsern neuerlich eingezogenen Erkundigungen ist sowohl in Frankreich als in den Rheingegenden die Rechtsübung sehr verschieden. Während bei vielen Gerichten die Anwälte sehr häufig von dem Rechte, eine Replikschrift (réponse) einzureichen, Gebrauch machen, kommt bei andern Gerichten selten eine Replik vor; allein erfahrene Anwälte bezeugen, daß die Gestattung einer solchen réponse oft als sehr wohlthätig sich bewährt, daß aber das Recht hiezu nicht auf den Fall beschränkt werden

20) Die Prozeßordnung für Piemont Art. 152 bestimmt, daß der Kläger überhaupt binnen 14 Tagen nach empfangener Antwort des Beklagten, seine Replik dem Beklagten zustellen kann, und der Beklagte nach dem Empfang der Replik binnen 14 Tagen seine Duplik (contra-replica) mittheilen kann.

dürfe (wie der baierische Entwurf es thut)[21]), wenn eine Replik im engeren Sinne vorzubringen ist, sondern daß oft von der réponse Gebrauch gemacht wird, um die vom Beklagten in seiner Antwort gegebene Darstellung der Verhältnisse der Sache zu widerlegen und zu berichtigen, oder die Angaben in der Klageschrift zu ergänzen, oder die richtigen Gesichtspunkte zu zeigen.

ad IV. Der Gegenstand der lebhaftesten Verhandlungen wurde die Frage: ob die s. g. motivirten Conclusionen aufgenommen werden sollten. Auf die Aufnahme derselben in den Entwurf hatte der baierische Bevollmächtigte (Prot. S. 1369) einen Antrag gestellt, der aber vielfach heftig bekämpft wurde, indem man sich darauf berief, daß nach der Erfahrung von Hannover kein Bedürfniß vorliege, solche Anträge aufzunehmen, da die Klagschrift und die Antwort darauf in Hannover schon weit gründlicher und motivirter abgefaßt seien, als in Frankreich, wo namentlich die s. g. Klage nur von dem Gerichtsvollzieher abgefaßt werde. Sobald die vorgeschriebenen Schriftsätze gründlich bearbeitet wären, würden die motivirten Anträge überflüßig sein, über deren Begriff in Frankreich selbst das Gesetz nichts bestimme. Man führte an (Prot. S. 1419), daß in Frankreich, wo die Schriftsätze im Vorverfahren oft breit und weitläufig mit einer Menge unnützer, überflüßiger Thatsachen angefüllt, gearbeitet würden, das Dekret von 1808 Veranlassung habe finden können, vorzuschreiben, daß durch diese Conclusionen die Quintessenz und das Erhebliche des in den Schriften Vorgetragenen dem Gerichte vorgelegt werde, was aber bei den in Hannover und in dem Entwurf der Commission vorgeschriebenen Verfahren nicht nothwendig werde. Noch als später (Prot. S. 1529) wieder ein Antrag gestellt wurde, diese moti-

---

21) Wenn man die Replik nur zugeben will, wenn der Beklagte eine Einrede vorgetragen hat, so wird darüber, ob dies der Fall ist, häufig Streit entstehen, weil bekanntlich darüber, was Einrede ist, sehr verschiedene Ansichten obwalten. In Frankreich ist die Sache noch schlimmer, weil dort in der Praxis über dasjenige, was als **exception** oder als **defense** gilt, vielfach in der Wissenschaft selbst Streit ist. **Siehe Dernburgs Abhandlung** S. 272.

virten Conclusionen aufzunehmen, und ein weiterer Antrag ein vermittelndes Verfahren vorschlug, erklärten sich mehrere Abgeordnete entschieden dagegen, da jene Conclusionen nur nach dem französischen Verfahren eine Bedeutung erhielten. Bei der Abstimmung (Prot. S. 1554) wurden mit 7 gegen 5 alle diese Anträge abgelehnt. Das System der motivirten Conclusionen fand aber auch in der Commission vielfache und wohlbegründete Zustimmung, indem hervorgehoben wurde, daß dadurch der Stand des Streits von beiden Seiten zusammengefaßt, den Anwälten vergegenwärtigt wird, und durch präcis formirte Anträge, dem Gerichte schon bei Beginn der mündlichen Verhandlung eine Grundlage der zu treffenden Entscheidung gegeben werde, was häufig insbesondere auch den Vorsitzenden für die Bestimmung der Tagfahrt und für die Leitung der Verhandlung wichtig werde. Es wurde den Gegnern dieses Systems bemerkt, daß ihre Ansichten über die Entstehung der motivirten Conclusionen eine irrige sei (Prot. S. 1369—1377).

Durch die vorausgehenden Schriftsätze wird, wie man bemerkte, das nicht geleistet, was durch die motivirten Conclusionen bewirkt wird, weil aus jenen oft nicht klar erkannt werden kann, was aus den wechselseitigen Behauptungen der Parteien als **status causae** sich ergibt. Wenn man sich darauf beruft, daß eigentlich diese Schlußanträge von den Schlußsätzen wie sie der Entwurf vorschreibt, sich nicht unterscheiden, so wurde mit Recht geltend gemacht (Prot. S. 1506), daß die Behauptungen und Erörterungen in den Schriftsätzen nur zerstreut vorkommen häufig dem Gerichte keine klare Uebersicht geben werden, während durch die Conclusionen das Gericht erst eine feste Grundlage für die Entscheidung erhält; ohnehin kömmt es oft vor, daß Schriftsätze, die ja fakultativ seien, nicht eingereicht werden, während die Conclusionen nothwendig seien. Auch in der 123. Sitzung im Sept. (Prot. 1918) wurde wieder das System der Conclusionen vertheidigt. Der baier. Cassationshof (Prot. 1386) hatte sich gleichfalls für das System ausgesprochen. — Der Verfasser der gegenwärtigen Abhandlung ist durch neue sorgfältig eingezogene Erkundigungen, durch die von Anwälten und

Richtern mitgetheilten Erfahrungen in seinen in diesem Archive schon früher aufgestellten Behauptungen [22]) bestärkt worden. Es kann zwar nicht geläugnet werden, daß in Frankreich, weil das Gesetz gar nichts Näheres über die Conclusionen bestimmt, eine große Verschiedenheit der Abfassung vorkömmt; allein eine weise Gesetzgebung kann für die Sicherheit einer gleichförmigen Abfassung viel thun, wenn das Gesetz das, was die Conclusionen enthalten sollen, genau bezeichnet. [23]) Der Verfasser besitzt solche in den Rheinprovinzen abgefaßte Conclusionen, von denen jeder unbefangene Jurist sagen muß, daß sie wesentliche Vortheile für die Rechtspflege gewähren. Nach den Zeugnissen erfahrener Juristen haben diese Conclusionen besonders oft den Vortheil: daß der Kläger, dem nun die Antwort des Beklagten vorliegt, eine zweckmäßige Klageänderung vornehmen, eine durch die Erklärung des Beklagten veranlaßte, seine frühere Erklärung ergänzende oder berichtigende Entwicklung geben, oft aber auch den rechtlichen Gesichtspunkt für die Beurtheilung seiner Klage klar entwickeln kann, ebenso aber auch der Anwalt des Beklagten in Bezug auf seine Einreden, oder Beantwortung der Klage eine solche ergänzende Entwicklung in den Conclusionen liefern kann.

ad V. In Bezug auf die Beantwortungsschrift des Beklagten, hat der von der Commission bearbeitete Entwurf es für nothwendig gefunden, ebenso wie andere deutsche Entwürfe [24]) den Inhalt dieser Schrift genau zu bezeichnen, insbesondere ist vorgeschrieben, daß der Beklagte alle Einreden, deren er sich im Rechtsstreite bedienen will, hier angeben muß. Bei den Verhandlungen der hannöverischen Commission kam aber noch (Prot. 1556) die Aufstellung der s. g. prozeßhindernden Einreden zur Sprache. Nach dem Art. 232 sollten als prozeßhindernde Einreden gewisse unter 7 Nummern bezeichnete Ein-

---

22) Archiv, 45. Bd., S. 421).

23) Dies ist zum Theil geschehen im baierischen Entwurf, Art. 218, und noch mehr in dem oben Note 7 bereits angeführten piemontesischen Reglement.

24) Oesterreichischer Entwurf §. 129, baierischer §. 209.

reden aufgeführt[25]) werden mit der Wirkung, daß diese Einreden von der Verhandlung zur Hauptsache befreien. In den Berathungen wurde von einigen Abgeordneten beantragt, daß die unter Nro. 1 aufgeführte Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs hier weggelassen werde, und von einem andern Abgeordneten der Antrag gestellt noch die Einrede, daß der Beklagte im fremden Namen besitze, einzuschalten. — Dieser Antrag wurde aber verworfen und bei der Abstimmung der §. 232, wie er vorgeschlagen wurde, angenommen. — Dem Verfasser dieses Aufsatzes scheint, daß der Entwurf den §. 232 ganz hätte weglassen sollen. Im gemeinen deutschen Prozesse ist bekanntlich die durch eine Stelle des canonischen Rechts veranlaßte Lehre von den prozeßhindernden (nach der Gerichtssprache der frühern Zeit als exceptiones peremtoriae in vim dilatoriarum bezeichneten) Einreden eines der Verhältnisse geworden, wodurch in der Wissenschaft über den Umfang dieser Einreden vielfach Streit veranlaßt war, und in der Praxis die Anwälte ein willkommenes Mittel hatten, durch Aufstellung einer solchen Einrede den Prozeß in die Länge zu ziehen, und sich von der Pflicht der Litiskontestation zu befreien, was damals im schriftlichen Prozeß oft einen Werth haben konnte. Schwerlich ist aber eine Veranlassung gegeben, auch in dem auf Mündlichkeit gebauten Prozeß eine besondere Bestimmung über prozeßhindernde Einrede aufzustellen. Bringt der Beklagte eine solche Einrede in der Sitzung vor, so liegt es im Charakter der großen Prozeßelastizität, daß der Präsident vorerst darüber allein verhandeln lassen kann, und das Gericht sogleich darüber entscheidet. Voraussichtlich wird auch bei dem neuen Verfahren, wenn eine Gesetzgebung den §. 233 aufnimmt, dadurch das

25) Dahin sollen gehören: 1) Die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs. 2) Einrede, welche die Zuständigkeit des Gerichts oder die Personen der Gerichtsmitglieder betrifft. 3) Einrede, die sich auf die persönliche Fähigkeit der Partei vor Gericht zu handeln, oder ihre gesetzliche Vertretung bezieht. 4) Einrede der Rechtshängigkeit. 5) Einrede der nicht ordnungsmäßigen Ladung. 6) Einrede der mangelnden Sicherheit der Prozeßkosten. 7) Einrede, daß die eine Erneuerung des Verfahrens bedingende Erstattung von Prozeßkosten nicht erfolgt sei.

Mittel gegeben, oft den Prozeß in die Länge zu ziehen; ohnehin sind unter den im §. 232 bezeichneten s. g. Einreden, manche, welche gar keine Einreden sind, z. B. die der Unzuläßigkeit des Rechtswegs, ebenso wie die s. g. Einrede, daß der Beklagte im fremden Namen besitze; führt aber ein Gesetz Erklärungen, die keine wahren Einreden sind, doch als solche auf, so wird leicht die Rechtsübung irre geleitet.

ad VI. Auch die Lehre von der Klageänderung wurde in den Berathungen der Commission Gegenstand vieler Verhandlungen. Wir haben in diesem Archive schon oft zu zeigen gesucht,[26]) daß es zweckmäßiger sei, wenn eine Gesetzgebung, welche wahrhaft auf Mündlichkeit gebaut ist, über Klageänderung nichts bestimmt, vielmehr wie in Frankreich und in dem franz. Code nachgebildeten Gesetzgebungen es dem Ermessen des Gerichts überlassen wird, das Geeignete zu verfügen und anzuerkennen, daß, so lange noch kein wahrer Prozeß schwebt, Aenderungen, die selbst oft nach den Erfahrungen Bedürfniß werden, zuzulassen sind. Da das Vorverfahren noch den Prozeß nicht anhängig macht, sondern nur vorbereitender Natur ist, so muß in diesem Vorverfahren auch die Aenderung immer erlaubt sein; sobald aber die deutschen Gesetzgebungen, welche Mündlichkeit einführten, den im Vorverfahren einzureichenden Schriftsätzen, die Bedeutung beilegten, daß durch sie das thatsächliche Verhältniß festgestellt werden soll, konnte man freilich zu einer Bestimmung im Gesetze kommen, daß regelmäßig Klageänderung nicht erlaubt sei, und den Versuch machen, im Gesetze auszusprechen, was als Klageänderung betrachtet werden soll.[27]) Der Entwurf der hannöverischen Commission nahm jedoch nur den §. 235 an, welcher die Aenderung der Klage während des Schriftenwechses gestattete.[28]) Der §. 235 gab Veranlassung zu mehreren Anträgen (Pr. 1565). Insbesondere wurde der Antrag gestellt, daß die Aenderung der Klage nach ihrer Behändigung nur mit Ein-

26) Archiv Bd. 39, S. 415. Bd. 41, S. 217. Bd. 45, S. 136.

27) Oesterreichischer Entwurf §. 125, baierischer §. 146.

28) Der §. 235 bestimmte: Nach Beendigung des mündlichen Klagevortrags ist eine Aenderung der in dem Schriftsatze enthaltenen Klage, nur mit Einwilligung des Beklagten zulässig. Letztere ist als vorhanden

willigung des Beklagten zulässig sei. Der Antragsteller ging davon aus, daß die schriftliche Klage schon die Grundlage für die mündliche Verhandlung bilde, und der Beklagte in seinem Vertheidigungssystem sehr gefährdet werden könne, wenn man nach Behändigung der Klage, noch eine Aenderung erlaubte. Man muß bedauern, daß bei der Abstimmung dieser letzte Antrag mit 8 Stimmen angenommen wurde. Mit dem Charakter des Vorverfahrens als eines blos vorbereitenden, ist dies gewiß nicht verträglich. Nach der Erfahrung Frankreichs ist es durchaus zweckmäßig und oft nothwendig, im Laufe des Vorverfahrens Aenderungen des Vortrags zu gestatten. Will der Entwurf Alles nur von der Einwilligung des Beklagten abhängig machen, so kann er darauf rechnen, daß sehr häufig der Anwalt des Beklagten sich der Aenderung widersetzt, um den Prozeß in die Länge zu ziehen. Der Entwurf hat nun, um zu bezeichnen, was Klageänderung ist, die von Bayer aufgestellte Theorie sanktionirt, daß es darauf ankömmt, ob, wenn die ursprüngliche Klage rechtskräftig abgewiesen wäre, die Einrede der Rechtskraft gegen die veränderte Klage begründet wäre. Wir können nach einer 50jährigen Erfahrung in 3 Spruchcollegien versichern, daß darüber, ob die Einrede der Rechtskraft entgegen stehen würde, sehr häufig großer Streit entstand, und voraussichtlich auch wenn der neue Entwurf angenommen wäre, dies der Fall sein würde, weil in der Wissenschaft die Frage: ob die Einrede der Rechtskraft zulässig ist, eine höchst bestrittene ist. Von andern Abgeordneten wurden noch 4 verschiedene Anträge, was als Klageänderung zu bezeichnen sei, gestellt. Es ist zu bedauern, daß ein Antrag (Prot. 1572—74), nämlich der, gar nichts dieser Art im Gesetze aufzunehmen, nicht die Zustimmung der Commission erhielt. Die Commissäre hätten einsehen sollen, daß sich kein durchschlagendes Merkmal aufstellen lasse, und am Besten nach der Erfahrung

---

anzunehmen, wenn der Beklagte, ohne einen Einwand gegen die Klageänderung zu erheben, über die abgeänderte Klage verhandelt. Eine Klageänderung liegt vor, wenn eine rechtskräftige Abweisung der ursprünglichen Klage die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache gegen die veränderte Klage nicht begründen würde.

in Frankreich und am Rhein, es dem Gerichte überlassen werde, ob es in Erwägung der Umstände des Falls ungeachtet der s. g. Klageänderung die Verhandlung fortführen oder eine Vertagung eintreten lassen will.

Die Verhandlungen über die Art der Anordnung des schriftlichen Vorverfahrens traten in ein neues Stadium, als die Berathung der Commission über die Anticipation des Beweises in den ersten Schriften in der 111. und 112. Sitzung begann, und in dem §. 278 eine diese Anticipation gebietende Vorschrift ausgesprochen werden sollte (Prot. S. 1850). Nach dem Art. 278 **a** sollte für jeden Anwalt die Verpflichtung bestehen, diejenigen Beweismittel, auf welche der Gegenanwalt ohne vorherige Erkundigung voraussichtlich keine Erklärung abgeben kann, dem Gegenanwalt vor der mündlichen Verhandlung zeitig mitzutheilen; widrigenfalls die Kosten der nöthig werdenden Vertagung der Partei zur Last fallen, deren Anwalt die Mittheilung versäumt hat. Hier wurde nun von einem Abgeordneten, gewiß mit Recht, hervorgehoben, daß der zu §. 278 gefaßte Beschluß, mit dem bisher angenommenen System, und den beschlossenen Vorschriften über Vorverfahren kaum vereinbar sei, auf jeden Fall zu großen Schwierigkeiten in der Ausführung führen würde.[29]) Wenn man dem Anwalte die Auflage machen wollte, sogleich die Beweismittel, deren er sich bedienen will, anzugeben und über die Beweisantretung des Gegners zu erklären, so würde den Anwälten eine so große Aufgabe gestellt, daß sie ihren Verpflichtungen nicht leicht genügen könnten, und daß auf diese Art häufig Vertagungen nothwendig würden. Wir machen unsere Leser darauf aufmerksam, daß nach dem Beschlusse der Commission die Vorschrift, daß der Anwalt schon in den ersten Schriftsätzen seine Beweismittel angeben, nnd über die des Gegners sich erklären muß, nicht wie in Frankreich blos auf den Urkundenbeweis

---

29) Die wichtigen Verhandlungen, welche in der Commission über die Frage, ob anticipirter Beweis vorzuschreiben ist, vorkamen, sollen in einem besondern Aufsatze, welcher die Darstellung der Verhandlungen und Beschlüsse über die Beweislehre gibt, im nächsten Heft des Archivs geliefert werden.

sich bezieht, sondern auf alle Beweismittel, also auch auf Zeugen und Sachverständige. Darnach wurde von Abgeordneten der Antrag gestellt, daß die bisher beschlossene Einleitungsform, nach welcher der Präsident sogleich auf die Klagschrift die Sitzung zur mündlichen Verhandlung ansetzen soll, nicht mehr aufgenommen, und daß die Ansetzung der Fristen anders geregelt werden solle. Es wurde zu diesem Behufe der Antrag III. gestellt, daß der §. 224 so abzufassen sei: die Klage wird durch Behändigung des dieselbe enthaltenden Schriftsatzes erhoben. Derselbe muß die Aufforderung an den Beklagten enthalten, daß er, so fern er den Klaganspruch zu bestreiten gedenkt, einen Anwalt bestelle und durch denselben die Vernehmlassung auf die Klage dem klägerischen Anwalt behändigen lasse. Nach §. 229 soll der Anwalt des Beklagten seine Vernehmlassung binnen 2 Wochen abgeben, und wenn in der Vernehmlassung neue thatsächliche Behauptungen vorkommen, oder der Kläger Beweismittel vorbringen will, so hat er dem Beklagten binnen 2 Wochen einen Replikſatz zustellen zu lassen. Eine gleiche Frist steht dem Beklagten zur Behändigung des Duplikſatzes zu, wenn die Replik neue Thatsachen enthält, oder der Beklagte Beweis- oder Gegenbeweismittel vorbringen will. Nach §. 229 b kann in dringenden Fällen der Präsident die Fristen abkürzen. Nach §. 229 c steht, wenn das schriftliche Vorverfahren geschlossen ist, jeder Partei das Recht zu, mittelst Schriftsatzes unter Vorlegung der Parteiakten auf Anberaumung der Tagfahrt zur mündlichen Verhandlung anzutragen. Nun erhoben sich lebhafte Verhandlungen und vielfache Anträge, insbesondere (Prot. S. 1854 bis 57) in der Richtung, daß, wenn man auf Beweisanticipation beharre, man nach beendigtem Vorverfahren den Anwälten noch zwei Sätze wegen Beweisantretung und Erklärung darauf gestatten müsse, woran sich ein anderer Antrag reihte, daß in diesen Sätzen dann auch neue Behauptungen aufgestellt werden dürften. Aus den Verhandlungen [30]) ergibt sich, daß eine große Verschiedenheit der Ansichten statt fand; daß einige Ab-

30) In den Prot. S. 1893—1998 ist die neue Redaktion über das Verfahren in I. Instanz enthalten.

geordnete erklärten, daß sie lieber den Beschluß in Bezug auf Art. 278 aufgeben wollten, um die bisherigen Beschlüsse aufrecht zu erhalten, während andere die Ansicht aussprachen, daß auch die bisher beschlossene Art des Vorverfahrens mit dem Art. 278 verträglich wäre. Andere Abgeordnete machten geltend, daß man eigentlich ohne alle Erfahrungen und ohne sich an ein in einem Lande bereits geltendes System anzuschließen, Beschlüsse fassen wolle, was bedenklich werde (Prot. S. 1850—1890). Bei der Abstimmung wurde der oben angegebene Antrag III. mit 8 Stimmen gegen 3 angenommen. Als nach längerer Aussetzung der Sitzungen am 8. Sept. die Verhandlungen wieder eröffnet wurden, wurden neue Vermittlungsanträge, insbesondere Antrag XI. Prot. S. 1905, gestellt, bei dem der Antragsteller von der Ansicht ausging, daß der früher angenommene Grundsatz, wornach sogleich auf die Einreichung der Klagschrift die Sitzung zur Verhandlung anberaumt werden soll, der Mehrzahl der Mitglieder nicht mehr als zweckmäßig erscheine, und daß man davon ausgehe, die Parteien seien Herren des Rechtsstreits, deren Vertreter durch eine Leitung des Prozesses durch das Gericht nicht beschränkt werden dürfen. Nach diesem Antrage wird die Tagfahrt zur mündlichen Verhandlung erst auf den Antrag einer Partei anberaumt; 8 Tage vor dieser Tagfahrt haben die Anwälte sich wechselseitig Schriftsätze behändigen zu lassen, und bei Gericht niederzulegen. Diese Sätze sollen enthalten die Angabe der Thatsachen, zu deren Beweis die Partei sich erbietet, die Benennung der Beweismittel dazu, sowie etwaige Nachträge und Aenderung der Gesuche.[31]) Es fehlte auch nicht an andern Erklärungen, (Prot. S. 1910) daß eine Verbindlichkeit zur Anticipiation des Beweises, bevor noch die Partei wisse, welche von den von ihr behaupteten Thatsachen vom Gegner in Abrede gestellt werden, überhaupt nicht zweckmäßig wäre, während andere Mitglieder

---

31) Von einem andern Abgeordneten wurde der Antrag XII. gestellt, (als Modification des Antrags XI.) daß nur Schriftsätze einzureichen seien, wenn nach den vorbereitenden Schriftsätzen erhebliche Thatsachen bestritten geblieben und die Parteien über die Thatsachen zu deren Beweise sie sich erbieten, die Beweismittel benennen wollen.

aussprachen, daß kein Bedürfniß vorliege, wegen des Art. 278, die früheren Beschlüsse in Bezug auf das schriftliche Vorverfahren abzuändern. Es wurde (schwerlich mit Zustimmung der Erfahrung) behauptet, daß jede Partei, die im Fall des Läugnens des Gegners beweispflichtig sei, sich auf die eventuelle Beweisführung in Bezug auf die von ihr aufgestellten relevanten Behauptungen, vorbereiten müsse, und in der großen Mehrzahl der Fälle die Parteien schon vor dem Prozesse wissen, welche Thatsachen der Gegner läugnen und welche er zugestehen würde. [32]) Eine Reihe sehr beachtungswerther Bemerkungen kommen in den Aeußerungen des hannöverischen Abgeordneten vor (Prot. S. 1920), insbesondere warum er den Einleitungsformen der hannöv. Prozeßordnung Geltung zu verschaffen suchte, weil anerkannt in Hannover große praktische Erfolge erzielt worden seien. (In den Verhandlungen wurde zwar bemerkt, S. 1936, daß von mehreren hannöv. Gerichtspräsidenten hervorgehoben worden, daß das hannöv. Verfahren zu erheblicher Verzögerung der Prozesse oft Veranlassung gebe.) In Bezug auf die Prozeßleitung wird von den hannöv. Abgeordneten bemerkt, daß eine solche Leitung, wie sie in Hannover verlangt wird, nicht die Beschränkung der mündlichen Verhandlung, sondern vielmehr die Förderung der Zwecke derselben durch vollständigere Vorbereitung der Prozeßparteien für dieselbe bezweckte. Auch von dem baierischen Abgeordneten wurden manche wichtige Erfahrungen angegeben. Bei der Abstimmung (Prot. S. 1943) wurden alle Anträge meist mit 8 gegen 4 oder 7 gegen 5 Stimmen abgelehnt, nur der oben bereits angegebene Antrag XI. mit der im Antrage XII. enthaltenen Aenderung, der sich der Antragsteller von Nr. XI. anschloß, wurde mit 7 gegen 5 Stimmen angenommen. Auf diese Art wird die Tag-

---

32) Man scheint bei diesen Behauptungen nicht zu beachten, daß, wie jeder erfahrene Anwalt bezeugen wird, oft die Partei auf Befragen des Anwalts, ob sie für eine gewisse Thatsache Beweismittel habe, versichert, daß der Gegner die Thatsache durchaus nicht läugne, und dies oft aus einer gewissen Voreingenommenheit oder deßwegen versichert, weil sie durch außergerichtliche Aeußerungen oder durch Erklärungen in Briefen, deren Sinn sie irrig auslegt, zu diesem Glauben verleitet wird. Später zeigt sich dann, daß der Gegner gar nicht Willens war, die Thatsachen zu gestehen.

fahrt zur mündlichen Verhandlung erst nach geschlossenem schriftlichen Vorverfahren oder wenn die Behändigung eines Schriftsatzes, binnen der bestimmten Frist, unterbleibt, auf Antrag einer Partei vom Gericht anberaumt, und besondere Schriftsätze in Bezug auf die Beweisführung sind erst vorzulegen, wenn nach den vorbereitenden Schriftsätzen erhebliche Thatsachen bestritten blieben und die Parteien darüber Beweismittel benennen wollen. — Unsere Leser werden bemerken, daß durch diese Beschlüsse die Commission in ihrer Mehrheit dem franz. System gehuldigt hat, nach welchem consequent mit dem Principe der Mündlichkeit das schriftliche Vorverfahren nur den Charakter der Vorbereitung hat und darin die Parteien die Herren des Prozesses sind, und das Gericht von dem Streite dann erst in Kenntniß gesetzt wird, wenn das Vorbereitungsverfahren geschlossen ist. Alles kömmt nur darauf an, daß die Anwälte in Zukunft von den alten Gewohnheiten in dem bisherigen geheimen schriftlichen Verfahren, durch grundloses Läugnen von Thatsachen, durch auf Schrauben gestellte Erklärungen und chikanöse Einreden, den Prozeß in die Länge zu ziehen, sich losmachen,[33]) daß sie vielmehr, durchdrungen von der Würde ihres Berufs und im eigenen Interesse fühlend, daß ihre Achtung bei den Bürgern von ihrem Benehmen abhängt, ihren Stolz darein setzen, in dem Prozesse so zu handeln, wie dadurch am Besten der Wahrheit gedient werden kann. Nicht weniger wird es darauf ankommen, ob die Regierungen Männer als Präsidenten zu wählen verstehen, welche den Geist des neuen Verfahrens richtig erfassend, wissenschaftlich und praktisch gebildet, Gewandtheit und Geistesgegenwart genug haben, in jedem Falle das nach der Lage des Prozesses Geeignete zu verfügen, und hinreichend Energie haben, um grundlose Anträge zurückzuweisen und dem ungeeigneten Benehmen eines Anwalts entgegenzutreten.

---

33) Es verdient Erwägung, ob nicht die Bestimmungen des italienischen Gesetzbuchs, Art. 183, nach welchem der Anwalt vom Gericht gestraft werden kann, wenn er gewisse gesetzliche Vorschriften nicht beobachtet, auch in den deutschen Entwurf, ebenso wie die Vorschrift, §. 156. wegen Legitimation zur Sache, aufgenommen werden sollen.

Nachtrag.

Als der obige Aufsatz bereits abgedruckt war, kam dem Unterzeichneten aus Genf eine aus der besten Quelle (Herrn Gide) geschöpfte Nachricht über den gegenwärtigen Stand des Civilprozesses in Genf zu. Da man in den Verhandlungen in Hannover sich oft auf die Genfer Prozeßordnung bezog, so mag jene Mittheilung der oben bezeichneten Darstellung im Archive nicht ohne Interesse sein. Da in Genf kein Anwaltszwang besteht, so bedarf es, wenn die Klage dem Beklagten mitgetheilt ist, nicht wie in Frankreich der Bestellung eines Anwaltes des Beklagten. Der Kläger zeigt nur die Klage auf der Gerichtsschreiberei an, die Sache wird dort auf die Rolle gesetzt und nach der Reihe der Eintragungen wird dafür die Sitzung bestimmt. In dieser erscheinen die Parteien oder ihre Anwälte. Es kann dann sogleich die mündliche Verhandlung beginnen und der Beklagte trägt seine Vertheidigung vor; allein nach der jetzigen Praxis ist es fast Regel, daß der Beklagte auf Vertagung oder weitere Instruktion anträgt, und der Richter (nach Art. 62—63 Code) diese bewilligt, indem er annimmt, (aus oft sehr schwachen Gründen) daß die Sache noch einer Instruktion bedürfe. Die Richter übernehmen nicht gerne die Verantwortlichkeit, einen Antrag auf Instruktion abzuschlagen. Wird diese bewilligt, so tritt nach Art. 73 Code die instruction prealable ein, wo die Frist für Bestellung eines Anwalts bestimmt wird. Die Richter können dann (nach Antrag) wegen Verwickelung der Sache nach Art. 74 eine ecriture additionelle zur Entwicklung der Klage bewilligen und wenn diese eingebracht ist, dem Beklagten Frist für seine Antwort (75) und nach Umständen darauf dem Kläger Frist zur Replik und dem Beklagten zur Duplik (76) Frist ansetzen. Wenn eine Partei auf die Behauptung des Gegners schweigt oder ausweichende Antwort gibt, so kann das Gericht die Thatsachen als zugestanden annehmen (Code Art. 78). Die conclusions (Art. 81) müssen vor der angesetzten Sitzung die Parteien einander sich mittheilen (ein wichtiges arrêt darüber in der Ausgabe der Prozeßordnung

von Odier 1839, pag. 75). Auf die conclusions, die nach der Praxis in ihrem Umfang sehr verschieden sind, wird viel Werth gelegt.

IV.

Der Parteien-Eid im Civilprozeß.

Von Herrn Dr. v. Arnold,
Staatsrath und Appellationsgerichts-Präsident a. D. in München.

Unter den Beweismitteln im Civilprozeß ist der Eid der Parteien dasjenige, dessen Natur, Zulässigkeit, Bedingungen, Gegenstand und Form, sowie die Folgen der Leistung wie der Nichtleistung desselben bisher schon verschiedenen Ansichten unterworfen waren und auch in den verschiedenen Gesetzgebungen verschieden behandelt wurden, jetzt aber, wo die Ansicht immer mehr zur Geltung gelangt, daß die Gesetzgebung den Richtern keine besondern Beweisregeln vorschreiben soll, eine besondere Betrachtung verdient.

Nur von dem Eide der Parteien als Beweismittel im Civilprozesse wird hier gehandelt. Ein zur Bestärkung einer Verbindlichkeit oder eines Verzichts außergerichtlich geleisteter Eid ist nicht Gegenstand der vorliegenden Abhandlung; ein solcher Eid, obgleich er ein rechtlich ungültiges Geschäft gültig zu machen nicht im Stande ist [1]), kann doch, wenn er abgeleistet wurde, die Einrede widerlegen, daß ein an sich gültiges Geschäft nicht zum Abschluß gekommen oder doch nur zum Schein oder aus Scherz geschlossen worden;

---

1) **Fr. 7. §. 16. D. de pactis (2, 14).** Ebenso nach neueren Gesetzen: Preuß. Landr. (wo solcher Eid sogar verboten ist) Th. II. Tit. 20. §. 1425, 1426. Preuß. Ger.-Ordn. Th. I. Tit. 10 §. 248. Zürcherisches priv. Gesetzb. §. 964. Cod. iur. bav. iud. cap. 13. §. 7. Vergl. auch Oesterreich. bürg. Gesetzb. §. 1343 und Zeiller, Comm., Bd. IV. S. 4. — Die entgegengesetzten Aussprüche Kaiser Friedrichs I. und des kanon. Rechts gehören nicht hierher.